

## University of Groningen

### Het daderschap van de rechtspersoon en avas: universele communicerende vaten?

Gritter, Erik

*Published in:*  
Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving

*DOI:*  
[10.5553/TBSenH/229567002019005001001](https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002019005001001)

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Gritter, E. (2019). Het daderschap van de rechtspersoon en avas: universele communicerende vaten? *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 2019(1), 1-2.  
<https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002019005001001>

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Redactioneel

## Het ouderschap van de rechtspersoon en avas: universele communicerende vaten?

Mr. dr. E. Gritter\*

Het Nederlandse strafrecht kent een geheel eigensoortige benadering van het ouderschap van de rechtspersoon. Sinds het Drijfmestarrest<sup>1</sup> uit 2003 kan worden gesproken van een ruime, open benadering waarbij diverse ‘omstandigheden’ aanknopingspunten kunnen opleveren om het ouderschap van een rechtspersoon aan te nemen. Volgens het geldende recht is sprake van ouderschap van een rechtspersoon als de gedraging in kwestie ‘redelijkerwijs’ aan de rechtspersoon kan worden ‘toegerekend’. Het antwoord op de vraag wanneer een gedraging aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de aard van de gedraging. Van een algemene toerekeningsregel wil de Hoge Raad niet weten. Wel wordt aangegeven dat een gedraging die heeft plaatsgevonden dan wel is verricht ‘in de sfeer van de rechtspersoon’ in beginsel aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Van een ‘gedraging in de sfeer van de rechtspersoon’ is in de ogen van onze Hoge Raad vervolgens sprake als zich één of meer van de volgende omstandigheden voordoen: (1) het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon; (2) de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon; (3) de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf; of (4) de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door

de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Het Drijfmestarrest maakte verder duidelijk dat dit ‘aanvaarden’ niet een soort opzeteis is: ‘Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’ De ruim gestelde criteria lijken mee te brengen dat relatief snel ouderschap kan worden aangenomen. Een handelen of nalaten van ‘een’ werknemer bijvoorbeeld, of het gegeven dat de strafbare gedraging past in de ‘normale bedrijfsvoering’, zijn omstandigheden die zich in een casus snel kunnen voordoen.

Een blik op het buitenland leert dat onze benadering van het ouderschap van de rechtspersoon inderdaad uniek is. Met name het strafrecht van Engeland en Wales (verder: Engeland) biedt interessant vergelijkingsmateriaal. Indien naar de meer ernstige delicten wordt gekeken (*offences* die bewijs van *mens rea* eisen), dan blijkt dat voor de vaststelling van het ‘eigen’ ouderschap van de rechtspersoon naar de zogenaamde ‘identification doctrine’ moet worden gekeken.<sup>2</sup> Deze leer heeft als uitgangspunt – kort gezegd – dat alleen als een persoon uit het ‘hogere management’ een strafbare gedraging heeft verricht, dit als ‘eigen’ strafbare gedraging voor rekening van de rechtspersoon komt. Het gaat om personen die de ‘directing mind and will’ van de rechtspersoon vormen.<sup>3</sup> Een uitvoerende werknemer zonder managementverantwoordelijkheid zal niet tot de ‘directing mind and will’ kunnen worden gerekend, zodat

\* Mr. dr. E. (Erik) Gritter is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de vakgroep Strafrecht en Criminologie, Rijksuniversiteit Groningen.

1. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328 m.nt. Mevis.

2. Zie hierover onder meer Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, eighth edition, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 168 e.v.

3. Deze leer is door de House of Lords (het huidige Supreme Court) ontwikkeld in de zaak *Tesco Supermarkets v. Nattrass* [1972] AC 153. De zaak is in de Nederlandse literatuur onder meer besproken in E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht*, z.p.: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 365 e.v.

diens gedraging nooit tot bestraffing van de rechtspersoon kan leiden. Vanuit Nederlands perspectief is dit een veel beperktere benadering van het leerstuk. Het nadeel van deze orgaantheoretische invalshoek laat zich licht schetsen: strafbaarheid zal door de focus op het management snel ontlopen kunnen worden, temeer daar de *mens rea* die het delict eist ook nog eens bij de (formele!) bestuurder moet kunnen worden gevonden.<sup>4</sup>

Ondanks bezwaren uit de literatuur<sup>5</sup> en ondanks jurisprudentiële pogingen de toerekeningsregel aan te passen,<sup>6</sup> houdt het Engelse Supreme Court tot op heden bij 'misdrijven' vast aan de 'identification doctrine'. Ook diverse andere landen blijken een orgaantheoretische benadering te kennen.<sup>7</sup> In het Nederlandse strafrecht is de orgaantheorie echter reeds in de jaren vijftig van de vorige eeuw als te beperkt van aard beschouwd en door de Hoge Raad verworpen.<sup>8</sup> Valt dit verschil in benadering te verklaren?

Mijn hypothese is dat de daderschapscriteria die in een stelsel gelden, sterk afhankelijk zijn van de mogelijkheden die een stelsel erkent om schuld (in de zin van verwijtbaarheid) te ontkennen. In het Nederlandse strafrecht ligt de drempel om het daderschap van een rechtspersoon aan te nemen relatief laag, maar de mogelijkheden om een bevrijdend disculpatieverweer te voeren zijn – in ieder geval in theorie – groot.<sup>9</sup> De algemene strafuitsluitingsgrond avas, immers, verzamelt diverse bijzondere omstandigheden die – als hun aanwezigheid aannemelijk wordt geacht – het bestaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid ontkrachten. In het Engelse stelsel daarentegen ligt de drempel om tot daderschap van de rechtspersoon te komen relatief hoog. Maar de andere kant van de medaille is dat het Engelse strafrecht slechts beperkte mogelijkheden kent om 'verwijtbaarheid' te ontkennen.<sup>10</sup> Een algemeen bevrijdend 'avas-achtig' verweer bestaat niet in dat stelsel. Zo kan in het algemeen dus niet worden aangevoerd dat de rechtspersoon al het mogelijke heeft gedaan om de strafbare

gedraging te voorkomen.<sup>11</sup> Ruime daderschapscriteria corresponderen, zo lijkt het, met ruime mogelijkheden voor disculpatie. Hoge daderschapsdrempels zijn mogelijk enkel aanwezig in stelsels waarin de verweermogelijkheden beperkt(er) zijn.

Bewijs voor het bovenstaande kan mogelijk worden aangetroffen in hetzelfde Engelse stelsel. Zowel op het terrein van belastingfraude als op het terrein van omkoping heeft de Engelse wetgever in 2010 en 2017 bepalingen ingevoerd, die voor rechtspersonen de 'daderschapsdrempel' veel lager leggen dan volgens de 'identification doctrine' zou zijn te verwachten.<sup>12</sup> De idee achter de bepalingen is, dat een rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt als *enige werknemer* de gedraging in kwestie (samenhangend met fraude of omkoping) verricht.<sup>13</sup> Dus niet slechts iemand uit het hogere management. Interessant is vervolgens dat de bedoelde bepalingen worden gecompleteerd met een mogelijk bevrijdend verweer: de rechtspersoon kan niet worden gestraft, als hij kan aantonen dat hij de nodige 'procedures' heeft ontwikkeld om de strafbare gedraging te voorkomen.<sup>14</sup> Deze grond komt dicht in de buurt van ons avas-beroep op zorgvuldig gedrag. Aldus lijkt de drempel voor daderschap te communiceren met de drempel voor strafbaarheid.

Wellicht leidt een en ander nog eens tot een bredere publicatie in dit tijdschrift. En wie weet komt het ooit tot een universeel strafrechtelijk gezegde, dat vast pak-kender geformuleerd kan worden: 'Toon mij uw criteria voor daderschap en ik zeg u hoe uw stelsel van schuld-uitsluiting is.'

4. Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, eighth edition, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 168. Bij 'strict liability'-delicten worden andere 'criteria' voor daderschap gehanteerd.

5. Zie bv. Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, eighth edition, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 168 en 169.

6. Zie de zaak *Meridian Global Funds Management Asia Ltd. v. Securities Commission* [1995] 2 AC 500.

7. Ook in het Duitse bestuursstrafrecht, waar beboeting van de rechtspersoon mogelijk is, is dit terug te vinden (in het formele strafrecht kan een rechtspersoon niet worden vervolgd): slechts de beboetbare of strafbare feiten, begaan door nader aangewezen 'hogere' functionarissen kunnen leiden tot beboeting van de rechtspersoon. Zie § 30 van het Ordnungswidrigkeitengesetz.

8. Zie HR 27 februari 1951, NJ 1951/474 m.nt. BVAR.

9. Een avas-verweer kan te allen tijde worden gevoerd, maar dat zegt nog niet zoveel over de standaard die in een concreet geval voor acceptatie moet worden aangelegd. Zie voor een uitwerking hiervan E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, z.p.: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 147 e.v.

10. Zie E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, z.p.: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 149 e.v. Ook in het Duitse (bestuurs)strafrecht ontbreekt een equivalent van ons avas-verweer.

11. Deze variant van avas zal in ons stelsel het daderschap van de rechtspersoon zelfs geheel kunnen ontkennen (zie de vierde omstandigheid uit het Drijfsmest arrest).

12. Zie s. 7 van de Bribery Act 2010 en s. 45 van de Criminal Finances Act 2017.

13. Zo stelt subsection 1 van s. 7 van de Bribery Act: '(1) A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.' De 'person associated with a commercial organisation' kan elke werknemer of elke 'agent' betreffen. S. 45 van de Criminal Finances Act 2017 kent een soortgelijke bepaling.

14. Subsection 2 van s. 7 van de Bribery Act 2010 stelt: 'But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.'